



Den internationella utvecklingen på området **aktiebolagsrätt** – påverkan på svensk rätt

Den aktiebolagsrättsliga regleringen har de senaste åren utvecklats mycket snabbt i många av EU:s medlemsländer och i USA – dock inte i Sverige. En övergripande slutsats i detta pm är i stället att den svenska aktiebolagsrätten framstår som föråldrad och i behov av reformering.

Dnr: 2014/018

Myndigheten för tillväxtpolitiska utvärderingar och analyser
Studentplan 3, 831 40 Östersund
Telefon: 010 447 44 00
Fax: 010 447 44 01
E-post: info@tillvaxtanalys.se
www.tillvaxtanalys.se

För ytterligare information kontakta: Björn Falkenhall
Telefon: 010 447 44 33
E-post: bjorn.falkenhall@tillvaxtanalys.se

Förord

Myndigheten för tillväxtpolitiska utvärderingar och analyser (Tillväxtanalys) har sedan 2010 haft i uppdrag av regeringen att upparbeta kunskap inom *området Reglers effekter på företagens tillväxt*. Syftet är att säkerställa att insatser för effektivare och mer ändamålsenliga regler i första hand vidtas där de ger störst effekter på företagens tillväxt.

Under senare år har det skett en snabb utveckling av den aktiebolagsrättsliga regleringen bland flera medlemsländer inom EU och även i USA. Förändringarna består bland annat i att reglerna för bolagsbildning har förenklats och borgenärsskyddsreglerna tar inte längre utgångspunkt i bolagets bundna kapital utan i bolagets likviditet och solvens. Vissa medlemsländer har reformerat reglerna för den befintliga privata aktiebolagsformen och i flera länder har minoritetsaktieägares ställning stärkts, bland annat genom större möjlighet att föra talan för bolagets räkning mot styrelseledamot eller verkställande direktör.

En övergripande slutsats i denna rättsutredning är att den svenska aktiebolagsrätten framstår som föråldrad och i behov av reformering till följd av nämnda förändringar i omvärlden. Det är framförallt angeläget att samordna den aktiebolags- och insolvensrättsliga regleringen för att stärka skyddet för bolagets borgenärer då svenska bolag eller bolag hemmahörande i något annat medlemsland bedriver gränsöverskridande verksamhet.

Detta pm har författats för Tillväxtanalys av professor Rolf Dotevall, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet.

Östersund, juni 2015

Björn Falkenhall
Avdelningschef, Entreprenörskap och näringsliv
Tillväxtanalys

Innehåll

Sammanfattning	7
Summary	8
1 Inledning	9
2 Drivkrafterna bakom den aktiebolagsrättsliga utvecklingen inom EU	10
3 Viktiga reformer på aktiebolagsrättens område	12
4 Bolagsledningens lojalitetsplikt.....	15
4.1 Allmänt	15
4.2 Närståendetransaktioner	16
4.3 Affärsmöjligheter och konkurrerande verksamhet	18
5 Aktieägarminoritetens talerätt.....	20
5.1 Utgångspunkt	20
5.1.1 Närmare om tysk rätt.....	21
5.1.2 Närmare om engelsk rätt.....	22
6 Bolagsledningens ansvar när bolaget har ekonomiska svårigheter	25
6.1 Allmänt	25
6.2 EU:s insolvensförordning	25
6.3 De svenska reglerna kring ansvaret vid kapitalförlust enligt aktiebolagslagen	27
6.3.1 Allmänt	27
6.3.2 Kontrollbalansräkningen och den första kontrollstämman.....	27
6.3.3 Andra kontrollstämman	29
6.3.4 Personligt betalningsansvar	29
6.3.5 Upphörande av det personliga betalningsansvaret	30
6.4 Bör den svenska regleringen om ansvar vid kapitalförlust behållas?	30
6.5 Närmare om ansvaret vid "wrongful trading"	32
7 Slutsatser	35

Sammanfattning

Den svenska aktiebolags- och insolvensrättsliga regleringen bör reformeras i vissa avseenden.

Såväl EU-domstolens domar i rättsfallen Centros, Überseering och Inspire Art som EU:s insolvensförordning har skapat väsentligt andra förutsättningar för den svenska bolags- och insolvensrättsliga regleringen. Som en följd av dessa domar är det möjligt att bilda ett bolag i ett av medlemsländerna och driva huvuddelen av verksamheten i ett annat medlemsland. Genom insolvensförordningen behöver borgenärsskyddsreglerna i aktiebolagslagen och motsvarande reglering inom insolvensrätten anpassas till förordningens lagvals- och jurisdiktionsregler för att stärka bolagsborgenärernas skydd vid gränsöverskridande insolvensförfaranden.

Under senare år har det skett en snabb utveckling av den aktiebolagsrättsliga regleringen bland flera medlemsländer inom EU och även i USA i huvudsak vad gäller privata aktiebolag. Förändringarna består bland annat i att reglerna för bolagsbildning har förenklats och borgenärsskyddsreglerna tar inte längre utgångspunkt i bolagets bundna kapital utan i bolagets likviditet och solvens. Vissa medlemsländer har reformerat reglerna för den befintliga privata aktiebolagsformen. Andra länder har infört nya former av privata bolag i flera fall i syfte att skapa lämpliga verksamhetsformer för unga entreprenörer.

Ett ökat fokus mot bolagsledningens ansvar har mot bakgrund av de regler som införts i den engelska Companies Act från 2006 bland annat gjort det angeläget att också i den svenska aktiebolagslagen närmare förtydliga de regler som rör lojalitetsplikten för styrelseledamot och verkställande direktör. I flera medlemsländer har minoritetsaktieägares ställning stärkts bland annat genom större möjlighet att föra talan för bolagets räkning mot organledamot.

Mot bakgrund av vad som skett i vår omvärld blir slutsatsen att den svenska aktiebolagsrätten ter sig som föråldrad och är i stort behov av reformering. Det är framförallt angeläget att samordna den aktiebolags- och insolvensrättsliga regleringen för att stärka skyddet för bolagets borgenärer då svenska bolag eller bolag hemmahörande i något annat medlemsland bedriver gränsöverskridande verksamhet.

Summary

Sweden's regulations concerning company and insolvency law should be reformed in some respects.

The decisions taken by the European Court of Justice in the Centros, Überseering and Inspire Art cases and the EU Insolvency Regulation have created very different prerequisites for the regulating of company and insolvency law in Sweden. As a result of these decisions, it is now possible to set up a company in one member state and then run the main part of the company's operations in another member state. Because of the Insolvency Regulation, creditor protection rules in the Swedish Companies Act and the corresponding regulations within insolvency law need to be adapted to the Regulation's conflict of law and jurisdiction rules in order to strengthen the protection of company creditors in conjunction with transboundary insolvency procedures.

In recent years, there has been rapid change in the regulating of company law in several EU countries and also in the USA, mainly concerning private limited companies. Examples of changes are that rules for forming companies have been simplified and that creditor protection rules are now based on a company's liquidity and solvency rather than on its restricted capital. Certain member states have reformed the rules governing the existing form of private limited company. Other countries have introduced new forms of private companies, the purpose being in several cases to create suitable forms of operation for young entrepreneurs.

In the light of the rules introduced in the UK's Companies Act in 2006, a stronger focus on the responsibility of a company's management has made it urgent for Sweden too to clarify the rules in the Swedish Companies Act concerning the duty of loyalty of directors and managing director. In several member states, the position of minority shareholders has been strengthened, for example, by them being given more opportunity to plead a cause on behalf of the company against a body member.

In the light of developments in the world around us, it is concluded that Swedish company law appears to be outdated and in urgent need of reform. The most pressing need is to coordinate the regulating of company and insolvency law in order to strengthen the protection of company creditors when Swedish companies or businesses that are based in another member state conduct transboundary operations.

1 Inledning

Under senare år har det skett en snabb utveckling av den aktiebolagsrättsliga regleringen inom medlemsländerna i EU. Utvecklingen gäller främst de regler som rör skyddet för investerare, bolagsbildning, bolagsledningens ansvar samt aktieägares rätt att föra skadeståndstalan mot styrelseledamot och verkställande direktör för bolagets räkning. Vidare har nya bolagsformer införts i flera medlemsländer med syfte att vara anpassade till och lämpliga för mindre och medelstora verksamheter.

I Världsbankens index *Cost of Doing Business* (CDB) mäts och jämförs regleringar som omfattar små och medelstora aktiebolag för ett stort antal länder. Detta index består av tio delindex som mäter bland annat vilka olika steg som krävs för att bilda, driva och avveckla ett aktiebolag. Andra delindex mäter kvaliteten på den bolagsrättsliga regleringen. Dessa delindex sammanvägs till ett totalindex. Sverige har alltsedan CDB-index utvecklades legat bland de tjugo högst rankade länderna.

Det framgår att Sveriges avstånd till länder som är högre rangordnade är stort i fråga om delindex för investerarskydd. Av Världsbankens studie av svenskt näringslivsklimat framgår vidare att omfattningen av ansvaret för ledamöterna av bolagsledningen är en viktig förklaring till att Sverige inte hamnar högre i den rangordning som görs i denna dimension.

Detta pm har till syfte att, mot bakgrund av den internationella utvecklingen på bolagsrättens område, analysera ansvaret för bolagsledningen när bolagets ekonomiska ställning försämrats. I detta sammanhang uppmärksammas huruvida skillnader i hur rättsområden som bolags- och insolvensrätt systematiseras kan få betydelse för hur effektivt borgenärskyddet är. Vidare syftar pm:et till att belysa, i ett internationellt perspektiv, den skärpning av ansvaret för styrelseledamot och verkställande direktör mot bolaget som kan sägas ha skett i till exempel engelsk rätt genom den utförliga regleringen av lojalitetsplikten i Companies Act 2006.

Analysen syftar till att ge underlag för att kunna bedöma huruvida det finns skäl att föreslå förändringar i den svenska aktiebolagsrättsliga regleringen för att förbättra skyddet av investerare.

2 Drivkrafterna bakom den aktiebolagsrättsliga utvecklingen inom EU

Pressen på medlemsländerna att reformera den nationella aktiebolagsrättsliga regleringen har ökat genom EU-domstolens domar i Centros, Überseering och Inspire Art.¹ Som en följd av dessa domar är det nu möjligt att bilda ett bolag i ett medlemsland och driva all verksamhet i ett annat medlemsland. Bolagsrätten som gäller i den rättsordning där bolaget är registrerat ska då tillämpas.

Den ökade rörlighet som blivit följden av nämnda domar och möjligheten att välja en i olika avseenden lämplig aktiebolagsrättslig reglering har inneburit att en konkurrens mellan medlemsländerna har uppkommit på bolagsrättens område. Denna konkurrens har inneburit att trycket ökat på de enskilda medlemsländerna att skapa en konkurrenskraftig bolagsrätt.²

Ett exempel på detta är att flera medlemsländer inte längre ställer något krav på aktiekapital. Några medlemsländer, till exempel Danmark och Tyskland, har företagit genomgripande reformer av de privata aktiebolagsformerna genom att införa nya former av privata bolag som existerar parallellt med de gamla. Andra medlemsländer har valt att förändra den befintliga privata aktiebolagsformen genom att sänka kravet på minsta aktiekapital.

Införandet av EU:s insolvensförordning är en annan omständighet som på ett tydligt sätt bidragit till att kravet ökat på att förändra den nationella aktiebolags- och insolvensrätten för att stärka skyddet för bolagets borgenärer.

Av art. 3 i insolvensförordningen framgår att en domstol i det medlemsland där gäldenärens huvudsakliga intresse finns – *Centre of Main Interest* (COMI) – har behörighet att inleda ett insolvensförfarande. I punkten 13 i preambeln till förordningen framgår att ett insolvensförfarande kan inledas där ”gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och därför är fastställbara för tredje man”. I en sådan situation ska bolagsrätten i registreringslandet tillämpas och insolvensrätten i den jurisdiktion där insolvensförfarandet sker.

I dessa fall kan till exempel en systematik som den i svensk rätt medföra att borgenärerna får ett sämre skydd än till exempel i engelsk rätt där viktiga borgenärsskyddsregler är placerade i den insolvensrättsliga regleringen men inte i aktiebolagslagen.

En tendens som kunnat skönjas under senare år är nämligen att bolag söker sig till andra jurisdiktioner än den egna för att kunna utnyttja rekonstruktionsförfaranden som upplevs som förmånligare än det inhemska.

Såväl EU-domstolens domar i Centros, Überseering och Inspire Art som insolvensförordningen har således skapat helt andra förutsättningar för den bolags- och insolvensrättsliga regleringen.

Då ansvaret för ledamöterna av bolagsledningen diskuteras måste den engelska Companies Act från 2006 uppmärksammas. I engelsk rätt har ansvaret skärpts framförallt genom att

¹ 9 mars 1999, C-212/97, *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, 5 november 2002, C-208/00 *Überseering* [2000] I-9919 och 30 september 2003, C 167/01 *Inspire Art* [2003].

² Se t.ex. Armour, J., *Who Should Male Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition*, 58 *Current Legal Problems*, s. 369 ff. (2005) och Enriques, L. & Gelter, M., *Regulatory Competition in European Company Law and Creditor Protection*, 7 *European Business Organization Law Review*, s. 417 ff. (2006).

lojalitetsplikten för ledamot av bolagsledningen utvidgats och samtidigt blivit striktare. De engelska reglerna rörande lojalitetsplikten har sin tur influerats av den amerikanska bolagsrättsliga regleringen. Det har visat sig att utformningen av lojalitetsplikten i amerikansk och engelsk rätt fått inflytande även i de länder vars aktiebolagsrätt bygger på den kontinentaleuropeiska rättstraditionen som i tysk rätt. Den engelska regleringen av lojalitetsplikten ökar klarheten beträffande hur omfattande ansvaret är för ledamot av bolagsledningen.

En fråga som rör ansvaret för styrelseledamot och verkställande direktör är möjligheten för minoritetsaktieägare att väcka talan för bolagets räkning mot ledamot av bolagsledningen för skada som bolaget vållats. Även på detta område har skett förändringar av bland annat den engelska och tyska aktiebolagslagstiftningen som bör uppmärksammas också i ett svenskt sammanhang.

3 Viktiga reformer på aktiebolagsrättens område

För närvarande råder ett stort intresse i Europa för så kallade *small and medium sized companies* (SME). Skälet är att bolag av denna storlek sysselsätter närmare trettio procent av de yrkesverksamma personerna i EU:s medlemsländer och står för drygt tjugo procent av dess samlade BNP.

I en strävan att öka tillväxten i samhällsekonomin har på initiativ av EU diskuterats nya bolagsformer som har till ändamål att förbättra villkoren för de näringsidkare som driver verksamhet i mindre och medelstora bolag. Tanken är att dessa bolagsformer ska stimulera entreprenörskap. Kommissionen har därför med utgångspunkt i det elfte bolagsdirektivet rörande enmansaktiebolag gått vidare och föreslagit ett direktiv rörande ett europeiskt enmansbolag som betecknas *societas privata europea* (SUP).³ Huvudsyftet med denna bolagsform är att förenkla för enmansbolag att driva gränsöverskridande verksamhet utan att behöva registrera en filial i varje medlemsland där verksamhet bedrivs.

Många medlemsstater har genomfört reformer av aktiebolagsrätten som en följd av rättsfallen Centros, Überseering och Inspire Art. Fokus i dessa reformer har legat på att göra bolagsregleringen mer flexibel och lägga tonvikten på frågor som rör bolagets aktiekapital och skyddet för bolagsborgenärerna. Även om det andra bolagsdirektivet, som föreskriver att bolag ska ha ett visst aktiekapital, inte omfattar privata aktiebolag utan publika bolag har ändå de flesta medlemsländerna hittills krävt att privata aktiebolag ska ha ett visst minimikapital.

Diskussionen om kravet på aktiekapital blev betydligt mer angelägen efter domarna i Centros och Überseering, eftersom det då blev klarlagt att ett bolag kan registreras i ett medlemsland där något krav på aktiekapital inte ställs och driva hela sin verksamhet i ett annat medlemsland som ställer ett sådant krav. Genom domarna är det nu accepterat att bolaget inte behöver ha några kommersiella aktiviteter i registreringslandet utan kan bedriva all sin verksamhet i ett annat medlemsland. Bolaget behöver alltså inte ha någon ytterligare koppling till registreringslandet. Av Centros och Überseering framgår vidare att ett sådant förfarande inte kan betraktas som ett kringgående av nationell bolagsrätt.

De berörda domarna visar på svagheten med ett borgenärsskydd som är uppbyggt kring ett krav på aktiekapital. Diskussionen om borgenärsskyddets utformning har inriktats på att skapa ändamålsenliga och flexibla finansiella strukturer snarare än att ställa krav på ett minsta aktiekapital.

I huvuddrag har de reformer av aktiebolagsrätten som genomförts i flera medlemsländer inneburit förenklingar av de regler som rör bildandet av aktiebolag genom att bland annat sänka kravet på aktiekapitalet eller helt slopa det. Dessa reformer har skett mot bakgrund av de regler som gäller för engelska privata bolag (Ltd). Dessa reformer har inte enbart motiverats av konkurrensen mellan medlemsländerna på bolagsrättens område utan också för att uppmuntra till entreprenörskap.

Som tidigare berörts har reformerna varit fokuserade på kravet på aktiekapital och kostnaderna för att bilda ett bolag. Även om en vanlig uppfattning numera är att kapitalkravet bör slopas i samband med att ett bolag bildas och kostnaderna för att bilda ett bolag måste hållas nere har sätten att genomföra detta varierat.

³ Se förslag utfärdat den 19 april 2014, COM (2014) 212

Den förändring som gjordes i den svenska aktiebolagslagen för några år sedan bestod i huvudsak av att kravet på aktiekapital sänktes till 50 000 kronor. Även i Finland och Norge har reformeringen av aktiebolagslagen inskränkts till att kravet på aktiekapital sänkts till 2 500 euro respektive 30 000 norska kronor.

Den svenska aktiebolagslagen bygger fortfarande på tanken att aktiekapitalet är grundbulten i borgenärsskyddet. Detta synsätt får till följd att en stor del av reglerna i den svenska aktiebolagslagen har till syfte att försäkra att aktiekapitalet betalas in till bolaget och finns kvar där under verksamhetstiden.

Även i Nederländerna har reformer gjorts av den befintliga privata aktiebolagsformen men på ett betydligt mer långtgående sätt än vad som skett i till exempel svensk rätt. Denna ”Flex BV Act” förenklar reglerna för den privata bolagsformen BV genom att föreskriva en helt ny ordning för skyddet av bolagets borgenärer enligt engelsk och amerikansk förebild, förändringar beträffande beslutsfattandet i bolaget och begränsningar i möjligheten att överlåta aktier i bolaget.

För att förhindra missbruk av aktiebolagsformen när kravet på aktiekapital försvunnet och bildandet av bolag har förenklats har i många medlemsländer införts strängare ansvar för medlemmarna av bolagsledningen. Ett annat sätt att förhindra missbruk är att skapa större öppenhet kring bolaget. Det ska till exempel vara lättare att få reda på vem som är aktieägare i bolaget. Därför ställs numera krav på att i tyska GmbH eller UG ska det upprättas offentliga register över vilka som är andelshavare i bolaget.

Reformen av aktiebolagsrätten har också inneburit bland annat att aktieägarlån tillåts, hindret för bolaget att förvärva egna aktier har lättats samt att bolaget har fått större frihet att dela ut vinst till aktieägarna. Vinstutdelningen är numera i flera medlemsländer enligt amerikansk förebild baserad på en solvens- och likviditetsbedömning.

I flera medlemsländer har nya aktiebolagsformer införts som innehåller nya regler om minsta aktiekapital och borgenärsskydd och då särskilt utdelningsregler och krav på kapitalbildning. Att skapa en bolagsform som riktar sig till entreprenörer eller som syftar till att vara ett ”start-up company” ger några omedelbara fördelar. Däremot har uppmärksamheten inte riktats mot att skapa en förändrad reglering av förvaltningen av bolagets verksamhet eller att skapa en helt ny ordning för borgenärsskyddet. Det har emellertid visats att kapitalkravet för många inte är det egentliga skälet att bilda ett bolag i något annat medlemsland.⁴

Det har visats att nyföretagandet ökar genom förändringar i bolagsrätten som innebär att det blir enklare och billigare att bilda bolag.⁵ Att uppmuntra till entreprenörskap genom att skapa nya former av privata bolag eller varianter av redan bestående bolagsformer tycks ha varit en trend bland medlemsländerna sedan 2008. Det var nämligen då som den nya bolagsformen *Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)* – UG – med ett krav på en euro i aktiekapital introducerades. Ett UG uppfattas som en självständig bolagsform men bygger till stora delar på det tyska privata aktiebolaget *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH). Bolagsformen regleras i en paragraf – § 5 a GmbH-Gesetz.

⁴ Se Ringe W-G, Corporate Mobility in the European Union – a Flash in the Pan? An Empirical Studie on the success of Lawmaking and regulatory competition, 10 European Company and Financial Law Review (2013) s. 230 ff

⁵ Se Nevill, M., Sörensen, C. E., Promoting Entrepreneurship – The New Company Law Agenda, 15 European Business Organization Law Review (EBOR), 2014, s. 545 ff.

Den tyska reformen har sedan följts av flera medlemsländer inom EU. I dansk rätt har 2013 införts en motsvarande bolagsform som betecknas *iværksæterselskab* (IVS).

De nya aktiebolagsformerna i dansk och tysk rätt ställer krav på att kapital ska ackumuleras i verksamheten. För det tyska UG gäller att 25 procent av det årliga överskottet i verksamheten ska fonderas med syfte att bygga upp en kapitalbas. På motsvarande sätt ska reserver byggas upp i ett IVS men dessa kan inte, till skillnad från vad som gäller ett UG, användas för att täcka förluster i verksamheten.

Förenklade privata bolagsformer har även införts i till exempel Belgien 2010. Bolagsformen kallas *société privée à responsabilité limitée-starter* (SPRLS-S). I Italien infördes 2012 det privata bolaget *società semplificata a responsabilità limitata* (s.r.l.s.). I samtliga dessa reformer har i likhet med tysk rätt fokus legat på att minska eller slopa kravet på aktiekapital och tiden och kostnaden för att bilda och registrera bolaget.

De flesta medlemsstater ser de nya bolagsformerna som riktade mot unga entreprenörer. I Italien är den nyss nämnda bolagsformen s.r.l.s. begränsad till personer som är högst 35 år vid tidpunkten då bolaget bildas. I andra medlemsländer är syftet att den förenklade formen av privata bolag kan användas till dess den nystartade verksamheten utvecklats på ett sådant sätt att den ursprungliga formen för privata bolag kan användas. I Belgien gäller till exempel att ett SPRLS-S kan användas i fem år innan det måste ombildas. I Danmark gäller dock att ett IVS inte behöver ombildas utan kan drivas under obegränsad tid.⁶

Det bör för övrigt nämnas att i samtliga amerikanska delstater finns sedan 1990-talet en aktiebolagsform som präglas av stor flexibilitet och som saknar krav på aktiekapital. Bolagsformen benämns *Limited Liability Company* (LCC) och används mycket för mindre och medelstora företag.

De i till exempel dansk och tysk rätt införda nya formerna av privata aktiebolag baseras på reglerna för de traditionella privata bolagen och består därför i huvudsak av välkända regler. Detta har bidragit till att de nya verksamhetsformerna genom att vara kända för banker och andra kreditgivare omedelbart kunnat få stor användning och snabbt nå acceptans i näringslivet.

För att skapa en bolagsform som uppmuntrar entreprenörskap har visats att fokus måste vara bredare än att enbart sänka kravet på aktiekapital, att helt slopa ett sådant krav eller att förenkla proceduren för att bilda ett bolag. En sådan reform måste beakta att de bolagsrättsliga reglerna i övrigt är utformade på ett sådant sätt att de tillfredsställer de behov som framförallt unga entreprenörer kan ha. Ett uppenbart fall är att borgenärsskyddsreglerna bör baseras på en bedömning av bolagets solvens snarare än de rigida regler som baseras på aktiekapitalet, vilka återfinns i svensk rätt men som också föreskrivs i det andra bolagsdirektivet. Även reglerna om förvaltningen av bolagets verksamhet bör ändras. Eftersom det är fråga om bolag som drivs av en eller ett par personer blir en stor del av de regler som rör förvaltningen i aktiebolagslagens 7 och 8 kap. helt överflödiga.⁷

⁶ Se Neville & Sørensen, EBOR, 2014, s. 545 ff.

⁷ Se Neville & Sørensen, EBOR, 2014, s. 545 ff.

4 Bolagsledningens lojalitetsplikt

4.1 Allmänt

Styrelseledamots och verkställande direktörs plikter bygger enligt svensk rätt i likhet med tysk och fransk rätt på ett culpaansvar. I det svenska regelsystemet återfinns denna regel i 29 kap. 1 § aktiebolagslagen. Culparegeln i detta stadgande är utgångspunkten för plikterna för styrelseledamot och verkställande direktör i likhet med vad som gäller i fransk och tysk aktiebolagsrätt.

I amerikansk och engelsk rätt delas bolagsledningens plikter upp i två huvudgrupper: *duty of care* och *duty of loyalty*. Samma uppdelning av bolagsledningens plikter börjar växa fram även i svensk rätt.⁸ I de flesta rättsordningar är det sällsynt att bolaget driver skadeståndstalan som grundas på att ledamot av bolagsledningen varit oaktsam.⁹ Däremot finns ett förhållandevis stort antal rättsfall där ledamot görs ansvarig för försummelse av lojalitetsplikten. Mot bakgrund av den centrala betydelsen som lojalitetsplikten har för ledamot av bolagsledning i fråga om ansvaret mot bolaget finns det också i svensk rätt ett behov av att, på motsvarande sätt som i Companies Act 2006 närmare precisera denna plikt.

Mot bakgrund av regleringen i den engelska Companies Act 2006 kan lojalitetsplikten lämpligen delas upp i två delar. Det är dels fråga om sådana intressekonflikter som uppkommer i samband med transaktioner mellan bolaget och närstående till ledamot av bolagsledningen, dels är det fråga om intressekonflikter som rör frågan om en affärsmöjlighet ska tillhöra bolaget eller om den är möjlig att utnyttja för ledamot av bolagsledningen för egna syften.

I svensk rätt uttrycks lojalitetsplikten för styrelseledamot och verkställande direktör genom jävsbestämmelsen i 8 kap. 23 och 34 §§ aktiebolagslagen och generalklausulen i 8 kap. 41 § aktiebolagslagen. I övrigt följer lojalitetsplikten av allmänna regler för uppdragstagare.

I svensk rätt innebär jävsbestämmelsen i 8 kap. 23 och 34 §§ aktiebolagslagen att transaktioner mellan bolaget och ledamot av bolagsledningen är ogiltiga. Det saknar betydelse om transaktionen är rimlig och till nytta för bolaget.

Är det fråga om transaktioner mellan bolaget och tredje man gäller att styrelseledamot eller verkställande direktör är jävig om han har ett intresse i transaktionen som kan strida mot bolagets. I dessa fall sker alltså en prövning av hur omfattande det motstående intresset är.

Jävsbestämmelsen innebär att styrelseledamot eller verkställande direktör inte får ”handlägga” fråga där jäv föreligger. Det är oklart hur vidsträckt uttrycket kan tolkas, men det står klart att organledamot till exempel inte får bereda ett ärende som rör en transaktion av det nämnda slaget.¹⁰

Den aktiebolagsrättsliga generalklausulen i 8 kap. 41 § aktiebolagslagen innebär att en styrelseledamot eller verkställande direktör inte får utföra en rättshandling som är ägnad att bereda otillbörlig fördel för aktieägare till nackdel för bolaget eller annan aktieägare. Detta

⁸ Se Dotevall, R., Bolagsledningens skadeståndsansvar, 2 uppl., 2008, s. 155 ff.

⁹ Se Armour, J., Black, B., Cheffins, B. & Nolan, R. Private Enforcement of Corporate Law: An Empirical Comparison of the United Kingdom and the United States, 6 Journal of Empirical Legal Studies (2009) s. 687 ff.

¹⁰ Se Dotevall, s. 155 ff.

är främst en skyddsregel för aktieägarminoritet. Bestämmelsen kan tillämpas då till exempel majoritetsaktieägare förvärvar egendom till ett pris som ligger klart under marknadsvärdet.

I jämförelse med engelsk rätt är lojalitetsplikten tämligen utvecklad i svensk rätt. I *common law*-länderna har lojalitetsplikten utvecklats och blivit nyanserad mot bakgrund av en omfattande rättspraxis. Den omfattande och detaljerade reglering som numera finns i den engelska Companies Act 2006 beträffande lojalitetsplikten för organledamöter är i stor utsträckning en kodifiering av denna rättspraxis.

De rättsordningar som hör till den kontinentaleuropeiska traditionen har typiskt sett inte utvecklat någon generell regel om lojalitetsplikten i den nationella aktiebolagslagen till skillnad ifrån vad som är fallet i amerikansk och engelsk rätt.

Skillnaden mellan olika rättsordningar när det gäller bolagsledningens plikter och särskilt lojalitetsplikten håller på att jämnas ut.¹¹ Det är tydligt att influenserna från framförallt amerikansk och engelsk rätt är starka på detta område vid reformer av nationell aktiebolagsrätt.¹² Detta gäller bland annat spansk aktiebolagsreglering där det genomförts reformer som påverkats av de engelska reglerna rörande lojalitetsplikten.¹³ EU saknar numera ambitioner att harmonisera området för bolagsledningens plikter eftersom det femte direktivförslaget som behandlar bolagets organisation inte kommer att genomföras under överskådlig tid.

Skillnaderna mellan kontinentaleuropeisk rätt på ena sidan och *common law* på den andra börjar alltså förlora sin betydelse på bolagsrättens område och särskilt i fråga om plikterna för ledamot av bolagsledningen.

I svensk rätt följer lojalitetsplikten för ledamot av bolagsledningen av allmänna regler för uppdragstagare. Inom dessa allmänna regler bör lojalitetsplikten konkretiseras enligt förebild från engelsk rätt, som ju har en sträng syn på denna plikt, för att på så sätt skapa ökad klarhet vad gäller innehållet i styrelseledamots och verkställande direktörs plikter mot bolaget.

4.2 Närståendetransaktioner

Bland medlemsländerna i EU kan urskiljas två sätt att reglera närståendetransaktioner. Skillnaderna har till viss del att göra med om aktiebolaget är organiserat enligt modellerna *one-tier* eller *two-tier*. Enligt *one-tier*-modellen ligger ansvaret för förvaltning och tillsyn på samma bolagsorgan medan i en reglering som är uttryck för *two-tier*-modellen sköts förvaltningen och tillsynen av två olika bolagsorgan.

Det är vanligt att det finns en allmän regel som rör närståendetransaktioner i den aktiebolagsrättsliga regleringen. Dessa allmänna regler bygger på att transaktionen ska ligga inom området för bolagets normala affärsverksamhet, öppenhet och att transaktionen ska godkännas till exempel av oberoende styrelseledamöter eller ett överordnat bolagsorgan. Dessutom är ofta den organledamot som berörs av en intressekonflikt förhindrad att delta i beslutet. Detta gäller även i svensk rätt.

¹¹ Se Gerner-Beuerle, C & Schuster, E-P, The Evolving Structure of Directors' Duties in Europe, 15 EBOR, 2014, s. 191 ff.

¹² Se Dotevall, s. 155 ff.

¹³ http://law.au.dk/fileadmin/www.asb.dk/omasb/institutter/erhvervsjuridiskinstitut/EMCA/Spanish_Act.pdf

Den engelska regleringen av lojalitetsplikten kan sägas bygga på att den styrelseledamot (eng. *director*) som har direkt eller indirekt intresse i en åtgärd som kan strida mot bolagets intresse måste *ex ante* informera de övriga i styrelsen om att få samtycke till att handlägga frågan.¹⁴

Sec. 175 CA 2006 innehåller en allmän regel om lojalitetsplikten för en styrelseledamot som i korthet innebär att denne inte för egen del får skaffa sig ekonomiska fördelar i sitt uppdrag genom att till exempel utnyttja bolagets affärsmöjlighet. Sec. 175 CA 2006 grundas på de i engelsk rättspraxis sedan länge för uppdragsförhållanden fastslagna ”no-conflict and no-profit rules”.¹⁵

I engelsk rättspraxis är plikten för en styrelseledamot att informera bolaget om intressekonflikter särskilt stark vilket framgår i sec. 177 och 182 CA 2006. Av sec. 177 CA 2006 framgår att om en styrelseledamot direkt eller indirekt har ett intresse ”in a proposed transaction or arrangement with the company, he must declare the nature and extent of that to the other directors”. Enligt sec. 180 CA 2006 blir effekten av att en styrelseledamot gör intressekonflikten känd att han för egen del kan tillgodogöra sig fördelarna med transaktionen. Om inte intressekonflikten blivit känd för de övriga ledamöterna leder detta till att åtgärden kan göras ogiltig. Styrelseledamoten är sedan skyldig att ersätta bolaget för den ekonomiska vinning han haft genom transaktionen.

En plikt att *ex post* informera styrelsen om en direkt eller indirekt intressekonflikt föreligger för en styrelseledamot enligt sec. 182 CA 2006 ”that has been entered into by the company”. Endast i fråga om tidpunkten för informationen, att det är fråga om *ex post* snarare än *ex ante*, avviker bestämmelserna i sec. 177 och sec. 182 CA 2006 från varandra.

Om en styrelseledamot inte informerat de övriga i styrelsen *ex ante* enligt vad som stadgas i sec. 177 CA 2006 och transaktionen inte godkänts på annat sätt genom till exempel bolagsstämmebeslut blir en styrelseledamot ansvarig att ersätta bolaget för den ekonomiska nytta han haft av transaktionen. Även om en styrelseledamot drabbas av ett sådant ersättningsansvar gäller enligt sec. 182 CA 2006 att han fortfarande har en plikt att informera. Denna plikt att informera *ex post* är straffsanktionerad enligt sec. 183 CA 2006.¹⁶ Plikten att upplysa *ex post* enligt sec. 182 CA 2006 uppkommer inte om upplysning lämnats enligt sec. 177 CA 2006 innan åtgärden vidtogs.

Upplysningsplikten i sec. 182 CA 2006 omfattar även en så kallad *shadow director* i bolagets förvaltning vilket inte är fallet med motsvarande plikt enligt sec. 177 CA 2006. Med *shadow director* menas en person som inte formellt är utsedd till styrelseledamot men som har ett avgörande inflytande i förvaltningen av bolagets angelägenheter.

Om en styrelseledamot avser att ingå ett köp- eller försäljningsavtal med bolaget avseende en ”substantial non-cash asset” krävs enligt sec. 190 CA 2006 att bolagets aktieägare lämnar sitt samtycke till transaktionen. Av sec. 191(2) CA 2006 framgår att sådant samtycke ska inhämtas om värdet överstiger tio procent av bolagets redovisade tillgångar eller 5 000 pund. Enligt sec. 191(2) CA 2006 ska tillgången under alla omständigheter betraktas som betydande för bolaget om värdet överstiger 100 000 pund.

Bedömningen av om en styrelseledamot försummat sin lojalitetsplikt ska göras på ett objektivt sätt; styrkan av intressekonflikten saknar därför betydelse. En styrelseledamot har

¹⁴ Se Kershaw, D., *Company Law in Context*, 2 uppl., 2009, s. 476 ff.

¹⁵ Se Kershaw, s. 476 ff.

¹⁶ Bötesbeloppet kan uppgå till 6 500 pund.

varit illojal om det kan konstateras att han direkt eller indirekt får ekonomiska fördelar genom avtal med ett annat bolag där han har ett ägarintresse.¹⁷

En fråga som även den är oklar i svensk rätt är om lojalitetsplikten kan utsträckas att gälla även en tid efter att uppdraget som styrelseledamot eller verkställande direktör upphört. I engelsk rätt har denna fråga reglerats i lag. Av sec. 170 CA 2006 framgår nämligen att en person som upphört att vara styrelseledamot fortfarande omfattas av den lojalitetsplikt som gäller i uppdraget för bolaget. Det är plikterna i sec. 175 CA 2006 att undvika intressekonflikter med avseende på ”the exploitation of any property, information or opportunity of which he became aware at a time when he was a director” som utsträcks att gälla.

En bestämmelse som saknar motsvarighet i de flesta medlemsländer är sec. 176 CA 2006. Där anges att en styrelseledamot inte får ”accept a benefit from third party conferred by reason of... being a director... or his doing (or not doing) anything as a director”. Även beträffande denna plikt gäller enligt sec. 175 CA 2006 att denna plikt omfattar tiden fram till dess att ”he ceased to be a director”.

4.3 Affärsmöjligheter och konkurrerande verksamhet

Det kan vara förenat med svårigheter att avgöra när en affärsmöjlighet ska tillhöra bolaget eller när den är möjlig att utnyttja för styrelseledamot eller verkställande direktör. Frågan är vilka kriterier som ska ligga till grund för bedömningen av om en affärsmöjlighet ska tillhöra bolaget eller vara möjlig att utnyttja för organledamot.

I den gränsdragningen kan vid en lagreglering väljas ett snävt perspektiv som medför att endast ett begränsat område av tänkbara affärsmöjligheter hör till bolaget. Om ett bredare perspektiv väljs innebär detta att organledamots möjlighet att utan att försumma sina plikter utveckla en affärsmöjlighet är mycket begränsat.

I den engelska Companies Act 2006 har valts ett brett perspektiv vilket innebär att affärsmöjligheter inom ett tämligen brett område tillhör bolaget. I ett europeiskt perspektiv kan konstateras att den mest utvecklade regleringen rörande ”corporate opportunities” står att finna i engelsk rätt.

I engelsk rätt gäller till exempel att en organledamot inte behöver ha fått kännedom om en affärsmöjlighet i sitt uppdrag för att den ska tillhöra bolaget utan även hans fritid omfattas. En affärsmöjlighet behöver inte heller falla inom bolagets verksamhetsområde så länge bolaget har möjlighet att utnyttja den. Detta gäller också inför framtiden om en förändring av verksamheten kan göra det ekonomiskt intressant att utnyttja möjligheten. Det är vidare utan betydelse att bolaget saknar finansiella möjligheter att utnyttja affärsmöjligheten eller på grund av annat hinder som kan undanröjas genom till exempel bolagsstämmbeslut. Ett exempel på detta är om verksamhetsföremålet i bolagsordningen hindrar bolaget att utnyttja affärsmöjligheten. I engelsk rätt finns inte längre något krav på att det i bolagsordningen måste anges ett verksamhetsföremål.

Flera jurisdiktioner lägger ett konkurrensförbud till grund för regleringen av lojalitetsplikten. Detta gäller till exempel i tysk rätt i fråga om publika bolag. Konkurrensförbudet innebär att organledamot inte får engagera sig i en affärsverksamhet som ligger inom ramen för den verksamhet som bolaget bedriver. Det är fråga om en faktisk aktivitet och

¹⁷ Se Kershaw, s. 476 ff.

inte en potentiellt konkurrerande. Den vanliga är att denna typ av konkurrensbegränsningar tolkas snävt och då särskilt för organledamot som inte är heltidsverksam i bolaget.¹⁸

Frågan är då om det blir någon praktisk skillnad i innehållet av lojalitetsplikten om den teoretiska utgångspunkten är en regel som rör affärsmöjligheter som i engelsk rätt eller om utgångspunkten i stället är en konkurrensregel som gäller i tysk rätt beträffande publika bolag enligt § 88 Aktiengesetz.

Om en styrelseledamot utnyttjar en affärsmöjlighet innebär detta samtidigt att han bedriver konkurrerande verksamhet. Om affärsmöjlighet tolkas vidsträckt som i engelsk rätt omfattar den även sådan verksamhet som inte ligger i linje med bolagets normala verksamhet och alltså inte är konkurrerande.

I engelsk rätt gäller att en person kan ha styrelseuppdrag i flera bolag även om dessa konkurrerar under förutsättning att han inte utnyttjar en affärsmöjlighet direkt eller indirekt i eget intresse.

I svensk rätt i likhet med dansk, fransk, nederländsk och norsk rätt finns varken en konkurrensregel eller en regel som rör affärsmöjligheter. Detta innebär emellertid inte att dessa plikter saknas.¹⁹

Av det sagda kan slutsatsen dras att lojalitetsplikten regleras olika bland medlemsländerna inom EU. Även om någon uttrycklig reglering inte finns som i svensk rätt rörande det konkreta innehållet i bolagsfunktionärernas lojalitetsplikt kan sägas att även i dessa jurisdiktioner finns en allmän plikt att vara lojal mot bolagets intresse. Den avgörande skillnaden ligger i den osäkerhet som uppkommer i till exempel svensk rätt om hur omfattande dessa plikter är och om de, i likhet med i engelsk och tysk rätt, kan utsträckas till att omfatta även en tid efter det att uppdraget har upphört. I de flesta jurisdiktioner inklusive Sverige är antalet rättsfall på detta område litet.²⁰

¹⁸ Se Gerner-Beuerle & Schuster, EBOR, 2014, s. 191 ff.

¹⁹ Lojalitetsplikten kan regleras genom avtal med styrelseledamot eller verkställande direktör.

²⁰ Se Gerner-Beuerle & Schuster, EBOR, 2014, s. 191 ff.

5 Aktieägarminoritetens talerätt

5.1 Utgångspunkt

Ett viktigt skydd för de personer som är minoritetsaktieägare är möjligheten att föra skadeståndstalan mot organledamöter på bolagets vägnar. Bolagets skadeståndstalan mot ledamot av bolagsledningen kan initieras av en majoritet på bolagsstämman men också av en aktieägarminoritet. Förutsättningarna för en aktieägarminoritets talan skiljer sig åt i olika rättsordningar.

I till exempel amerikansk bolagsrätt gäller att den som innehar en aktie kan driva en så kallad derivativ talan för bolagets räkning mot ledamot av bolagsledningen. I andra rättsordningar har regler om ett visst tröskelvärde införts som måste uppnås uttryckt i procent av samtliga aktier eller röster i bolaget. En sådan gräns kan också relateras till aktiernas nominella värde. Andra villkor som ställs upp kan till exempel kräva att den som driver en sådan talan varit aktieägare under en viss period.

Även regler om hur rättegångskostnader ska fördelas varierar. I vissa jurisdiktioner bär bolaget kostnaderna medan i andra måste de aktieägaren som driver talan stå för kostnaderna. I det sistnämnda fallet varierar i vilken utsträckning aktieägaren kan bli ersatt för dessa kostnader av bolaget. Frågan om vem som ansvarar för rättegångskostnaderna är viktig eftersom en derivativ talan ofta förutsätter ett kollektivt agerande från aktieägarnas sida. Det kan då uppkomma frågor om ställningen i rättegångskostnadshänseende för så kallade *free-riders*.

Om en derivativ talan är framgångsrik är det bolaget som typiskt erhåller skadeståndet. Aktieägarna blir då indirekt kompenserade genom att bolaget erhåller ersättningsbeloppet och att bolagets tillgångar därmed ökar i motsvarande mån vilket sedan reflekteras i värdet på aktien.

I fråga om förutsättningarna att driva en derivativ talan kan konstateras att i fransk och engelsk rätt krävs i såväl privata som publika bolag endast en aktie för att kunna genomföra detta. Däremot krävs i dansk och svensk rätt att tröskeln har satts till tio procent av antalet aktier i bolaget. I dessa fall tillåts att den derivativa talan fortsätts utan några ytterligare restriktioner. Den enda begränsning som förekommer i de fall det finns en tröskel för att kunna driva en talan är att de som driver denna måste ha varit aktieägare under en viss tid. En annan restriktion är att det bolagsorgan som har behörighet att besluta om att driva en skadeståndstalan för bolagets räkning, vilket oftast är bolagsstämman, ska ha beslutat om att inte driva en sådan talan.²¹

Engelsk och tysk rätt har regler som i detta avseende avviker från flera andra medlemsländer. I båda dessa rättsordningar gäller att allmän domstol måste ta ställning till om en derivativ talan ligger i aktieägarnas intresse och överväga bolagets motstående intresse av att undvika en skadeståndstalan. Skäl att inte tillåta en sådan talan är att en sådan rättegång skulle inverka menligt på verksamheten, skada bolagets anseende eller komma olämpligt under en period då engagemanget hos bolagsledningen beroende på bolagets belägenhet är av betydelse.²²

²¹ Se Gerner-Beuerle & Schuster, EBOR, 2014, s. 191 ff.

²² Se Gerner-Beuerle & Schuster, EBOR, 2014, s. 191 ff.

Engelsk och tysk rätt har emellertid olika syn på under vilka förhållanden en domstol kan förhindra en derivativ talan.

Mot bakgrund av utvecklingen i framförallt engelsk och tysk rätt ter sig den svenska regeln i 29 kap 9 § aktiebolagslagen som alltför trubbig. Enligt stadgandet får aktieägare som äger minst en tiondel av samtliga aktier i bolaget i eget namn föra talan om skadestånd till bolaget. Denna bestämmelse gäller för såväl privata som publika bolag. I flera rättsordningar är denna gräns betydligt lägre och kombinerad med till exempel krav att domstol ska pröva om talan är befogad.

I svensk rätt har i förarbeten och doktrin uttalats att en sådan talan skulle vara möjlig även i de fall aktieägare inte når upp till gränsen på tio procent. Rättsläget måste dock betraktas som osäkert.²³

5.1.1 Närmare om tysk rätt

I *tysk rätt* gäller i fråga om det publika AG att bolaget har möjlighet enligt § 147 Aktiengesetz att väcka skadeståndstalan mot ledamot av Aufsichtsrat (tillsyn) eller Vorstand (förvaltning) efter beslut av bolagsstämman som fattas med enkel majoritet. En domstol kan på begäran av aktieägare vars innehav uppgår till minst tio procent av aktiekapitalet eller vilkas aktier motsvarar ett nominellt belopp på minst en miljon euro beviljas att genom ett ombud medverka i skadeståndprocessen.

Genom inflytande från amerikansk rätt och vad som där gäller i fråga om aktieägares derivativa talan har gränsen för vad som krävs för att driva en sådan talan blivit allt lägre genom åren med avsikt att stärka minoritetsaktieägarens ställning. En aktieägarminoritet, som innehar minst en procent av aktierna i bolaget eller aktier till ett nominellt belopp på sammanlagt minst 100 000 euro, kan numera enligt § 148 Aktiengesetz begära hos domstol att få driva en talan mot organledamot om skadestånd till bolaget. Aktieägarminoriteten driver emellertid en sådan talan i eget namn och för egen räkning. En sådan möjlighet enligt § 148 Aktiengesetz kräver emellertid att aktieägarna som framställer en sådan begäran måste ha förvärvat aktierna innan de blev medvetna om den aktuella pliktförsummelsen. Dessutom måste de ha underrättat bolaget om sina planer så att bolaget haft möjlighet att driva en sådan talan. Vidare måste de fakta som presenteras göra det sannolikt att ledamot av bolagsorgan försummat sina plikter enligt lagen eller bolagsordningen. Aktieägaren måste vidare visa att bolaget fått möjlighet att driva en sådan talan. Dessutom måste aktieägaren visa att det är fråga om att skadevällaren genom grov oaktsamhet överträtt lag eller bolagsordningen och att skadeståndskravet inte på ett uppenbart sätt står i strid mot bolagets intresse.

Huvudregeln för den privata bolagsformen GmbH är att bolaget kan driva skadeståndstalan mot bolagsledningen om en majoritet av de där avgivna rösterna biträder ett sådant förslag. I annat fall gäller enligt § 50 GmbHG att det krävs tio procent av aktierna för att en sådan talan ska kunna föras.

En rätt för enskild aktieägare, vars aktieinnehav inte når upp till tio procent, att föra talan om bolagsledningens prestation mot bolaget har emellertid i fråga om GmbH utvecklats i rättspraxis enligt regler som betecknas *actio pro socio*. Talemöjligheten för aktieägare i privata tyska bolag har sitt ursprung i reglerna för de tyska handelsbolagen.²⁴

²³ Se Dotevall, s. 218 ff.

²⁴ Se Dotevall, s. 218 ff.

I motsats till vad som gäller för GmbH kan en enskild aktieägare i ett dotterbolag i en koncern där moderbolaget är ett Aktiengesellschaft enligt §§ 309 (4), 317 och 318 Aktiengesetz föra talan mot ledamöterna av Aufsichtsrat och Vorstand i moderbolaget för skada som orsakats aktieägaren i fråga. Utom koncernförhållande gäller enligt § 147 Aktiengesetz att en minoritet bestående av ägarna av tio procent av aktiekapitalet kan väcka talan om skadestånd mot ledamot av Aufsichtsrat eller Vorstand. Någon rätt för enskild aktieägare, motsvarande den amerikanska derivativa talan eller vad som gäller för aktieägare i GmbH, finns alltså inte. Endast i de fall då aktieägare orsakats en indirekt skada och bolaget inte väcker skadeståndstalan kan aktieägarens indirekta skada bli ersättningsgill och aktieägaren av den anledningen att få möjlighet att själv väcka talan.

I tysk rätt gäller en liknande regel. I § 148 Aktiengesetz framgår att käranden får bära kostnaderna för den inledande processen där tillstånd begärts att driva en derivativ talan och denna begäran avslagits. Detta gäller inte såvida grunderna för avslaget härrör från omständigheter som rör bolagets intresse och som bolaget hade kunnat göra kända innan talan inleddes men så inte gjordes. Om domstol har lämnat tillstånd att driva talan men denna ogillas delvis eller i sin helhet ska bolaget ändå ersätta käranden för rättegångskostnaderna.

5.1.2 Närmare om engelsk rätt

Det är i engelsk rätt som i de flesta andra rättsordningar normalt majoritetsaktieägarna som har rätt att väcka talan för bolagets räkning mot ledamot av bolagsledningen. Men även i engelsk rätt har utvecklats vissa möjligheter för minoritetsaktieägare att, på samma sätt som i amerikansk rätt, föra talan för bolagets räkning. Enligt sec. 260 Companies Act (CA) 2006 gäller numera att det är möjligt för en enskild aktieägare att föra en derivativ talan. Av samma stadgande framgår att en sådan talan kan föras mot en styrelseledamot om denne genom vårdslöshet har försummat sina plikter mot bolaget. I publika bolag har möjligheten att driva en derivativ talan en liten betydelse i skyddet av en aktieägarminoritet.²⁵

I engelsk rätt finns två möjligheter för enskild aktieägare att driva en så kallad derivativ talan. Den ena möjligheten, som härleds ur rättsfallet *Foss v. Harbottle*, innebär att aktieägare för talan i bolagets namn för skada som ledamot av bolagsledningen vållat bolaget. Den aktieägare som för en sådan talan agerar inte i egenskap av aktieägare, utan som representant för bolaget. Denna typ av derivativ talan liknar den som utvecklats i amerikansk rätt.

Den andra formen av derivativ talan avser aktieägare i eget namn, enskilt eller tillsammans med andra aktieägare. En talan av detta slag går ut på att bolaget till exempel ska frigöras från avtalsförpliktelse av något slag och kan endast bli aktuell under vissa förhållanden.²⁶

Av sec. 260 (3) CA 2006 framgår att en aktieägare föra en derivativ talan mot bolagsledningen ”in respect of a cause of action vested in the company, and seeking relief on behalf of the company” mot en styrelseledamot för ”an actual or proposed act or omission involving negligence, default, breach of duty or breach of trust”. Genom denna och andra bestämmelser som införts i Companies Act 2006 har möjligheten för aktieägarminoritet att driva en talan om ansvar för ledamot av bolagsledningen ökat i jämförelse med vad som gäller enligt det ledande rättsfallet *Foss v. Harbottle*. Men aktieägaren kan endast fullfölja

²⁵ Se om förhållandet mellan derivativ talan och *unfair prejudice* i Kershaw, s. 589 ff.

²⁶ Se Kershaw, s. 589 ff.

en sådan derivativ talan om domstol lämnar sitt godkännande enligt vad som föreskrivs i sec. 261 CA 2006.

En domstol kan vägra att lämna ett sådant godkännande enligt vad som framgår av sec. 263 CA 2006 om en sådan talan bedöms att inte främja ”the success of the company” eller att den åtgärd som påstås ha vållat bolaget skada har godkänts av bolagsstämman på ett korrekt sätt.²⁷

Enligt *Foss v. Harbottle* är alltså bolagsstämmans ställningstagande helt avgörande för om en derivativ talan ska kunna fullföljas. Om bolagsstämman godkänner den åtgärd som är i fråga på ett korrekt sätt kommer, under förutsättning att det är ett godkännande som rör bolagets inre angelägenheter, en derivativ talan inte heller att kunna föras. Detta förtydligas i rättsfallet *Foss v. Harbottle*²⁸ på så sätt att ”an individual shareholder cannot bring an action in the courts to complain of an irregularity (as distinct from an illegality) in the conduct of the company’s internal affairs if the irregularity is one which can be cured by a vote of the company in general meeting”.²⁹ Med andra ord är det möjligt för majoritetsaktieägare att hindra minoriteten från att fullfölja en derivativ talan genom att godkänna den åtgärd som påstås ha inneburit en pliktförsummelse.

En derivativ talan kan även föras då bolagsledningen företagit åtgärd som är att beteckna som olaglig eller som innebär *fraud upon the minority*. Det vanligaste exemplet på *fraud* är att aktieägare eller ledamot av bolagsledningen för egen del tillägnar sig sådan egendom som rätteligen tillhör bolaget. I *Daniels v. Daniels* utvidgades möjligheten för aktieägare att föra derivativ talan så att varje försummelse av bolagsledningens lojalitetsplikt mot aktieägarminoriteten kan utgöra grund för en sådan talan. Detta gäller under förutsättning att aktieägarminoriteten inte godkänt talan.

Möjligheten för en aktieägare att väcka talan för bolagets räkning, så kallad derivativ talan, anses i engelsk rätt vara grundläggande för minoritetsskyddet men har inte varit särskilt ofta använd. Detta har ansetts bero på att aktieägaren tidigare var tvungen att visa att det förelåg ”fraud on the minority” och att den styrelseledamot som försummat sina plikter också genom sitt aktieinnehav kontrollerade bolaget.³⁰

Ett för engelsk rätt säreget rättsligt institut av praktisk betydelse är möjligheten för en aktieägarminoritet att föra talan vid *unfairly prejudicial conduct* från bolagsledningens sida.³¹ Genom detta institut får domstolen en vidsträckt möjlighet att pröva om åtgärder i förvaltningen är *unfairly prejudicial* mot bolaget eller en aktieägarminoritet. Det typiska fallet är att majoritetsaktieägarna har missbrukat sin ställning på ett otillbörligt sätt till nackdel för minoriteten. Den vanligaste formen av talan i sådana situationer är att majoriteten åläggs att lösa in minoritetens aktier till ett värde som motsvarar andelen av värdet för hela bolaget. Även åtgärder som vidtas av bolagsledningen kan bedömas som *unfairly prejudicial*. Men det är inte fråga om att angripa affärsbeslut utan det typiska fallet är att ledamot av bolagsledningen har berikat sig direkt eller indirekt genom att ta i anspråk bolagets medel.

I fråga om rättegångskostnaderna i samband med en derivativ talan varierar reglerna mellan medlemsländerna. I de flesta medlemsländerna bär de aktieägare som driver en

²⁷ Se sec. 263 CA 2006.

²⁸ *Foss v. Harbottle* (1843) 2 Hare 464.

²⁹ Se *Prudential Assurance Co. Ltd v. Newman Industries (No 2)* [1982] Ch 204, 210.

³⁰ Se rättsfallen *Pavlides v. Jensen* (1965) Ch 565 och *Daniels v. Daniels* (1978) Ch 406, 414.

³¹ Se sec. 994–999 Companies Act 2006.

derivativ talan också risken genom att rättegångskostnaderna inte ersätts av bolaget om talan inte leder till någon framgång. I engelsk rätt gäller emellertid enligt sec. 148 (6) Companies Act 2006 att om domstolen inledningsvis kommit fram till att den derivativa talan ligger i bolagets intresse ska också bolaget ersätta aktieägarna för den kostnad som målet har inneburit för dem.

6 Bolagsledningens ansvar när bolaget har ekonomiska svårigheter

6.1 Allmänt

Förväntningarna på hur ledamöterna av bolagsledningen ska uppträda när bolaget närmar sig insolvens varierar mellan medlemsländerna. Rättsreglerna är utformade för att möta de förväntningar som ställs på hur bolagsledningen ska agera i en sådan situation.

Bolagsledningens plikter när bolaget befinner sig på randen av att vara insolvent har i flertalet jurisdiktioner utformats utifrån principal-agent teorin. Den tanke som aktiebolagsregleringen bygger på är att aktieägarna är de så kallade *residual claimants*. De plikter som gäller för bolagsledningen mot denna bakgrund har naturligtvis utformats med utgångspunkten att bolaget är finansiellt stabilt. En annan utgångspunkt skulle riskera att skapa en reglering som inte leder till ett effektivt utnyttjande av bolagets resurser.

När bolagets ekonomiska situation är svag blir det däremot borgenärernas intresse som hamnar i fokus. Plikterna för bolagsledningen måste i dessa fall utformas så att borgenärernas intresse skyddas framför aktieägarnas.

Det går att i ett komparativt perspektiv urskilja flera regleringsstrategier för att få tillstånd ett skydd för bolagsborgenärerna. I många jurisdiktioner påläggs en särskild plikt på styrelsen att ansöka om rekonstruktion eller konkurs när vissa kriterier som är baserade på bolagets ekonomiska situation är uppfyllda. En försummelse att göra en sådan ansökan är ofta förenad med ett personligt ansvar för ledamot av bolagsledningen.

En annan linje som finns representerad är en plikt som inte kräver att styrelseledamot ska ansöka om att påbörja ett insolvensförfarande utan ett ansvar för *wrongful trading* enligt sec. 214 *Insolvency Act* 1986. Detta innebär att när bolagets ekonomiska ställning är så svag att det är sannolikt att bolaget inte kan undvika "*insolvent liquidation*" får bolagsledningen inte företa åtgärder som kan vara till nackdel för borgenär. Ett personligt ansvar kan i sådana fall bli aktuellt. Bolagsledningens plikter förändras således när bolaget närmar sig insolvens. Denna förändring innebär att bolagsledningen ska agera i borgenärernas intresse eller i vart fall ta deras intresse i beaktande vid förvaltningen av verksamheten.

En ytterligare regleringsstrategi bygger på artikel 19 i det andra bolagsdirektivet och föreskriver att bolagsledningen ska kalla till bolagsstämma då bolagets eget kapital kraftigt har minskat. Detta definieras så att bolagets egna kapital understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet. I svensk rätt har en motsvarande regel funnits under lång tid som innebär att ett bolag som hamnar i en sådan ekonomisk ställning ska likvideras eller tillföras kapital.

6.2 EU:s insolvensförordning

Som nämndes inledningsvis har EU:s insolvensförordning förändrat synen på hur skyddsreglerna för bolagsborgenärer ska systematiseras. Förordningen innehåller inga materiella regler utan endast regler för lagval och jurisdiktion.

EU:s insolvensförordning håller på att reformeras och kommer att antas under 2015. Den reformerade förordningen följer den "rescue and recovery"-inställning som präglar den moderna insolvensrätten. Denna inställning innebär att insolvensrättslig reglering bör vara så utformad att företag som får ekonomiska svårigheter men ändå visar sig ha någon livs-

kraft ska få en andra chans. Antalet bolag som är föremål för ett gränsöverskridande insolvensförfarande uppgår till omkring 50 000.³²

Den moderniserade insolvensförordningen kommer att omfatta ett större antal nationella förfaranden. Vidare kommer *forum shopping* att försvåras genom att då en gäldenär flyttar sin verksamhet innan ett insolvensförfarande inleds ska den nationella domstolen pröva, med beaktande av samtliga omständigheter, för att konstatera om flyttningen är genuin eller endast ett sätt som kan innebära ett rättsmissbruk. För att öka möjligheterna att få bolag att leva vidare föreslås regler som hindrar att sekundära förfaranden inleds och samtidigt att intresset hos lokala borgenärer får möjlighet att beaktas. Förslaget på ny förordning innebär att det blir lättare att rekonstruera insolventa bolag i ett transnationellt sammanhang.

De regler som syftar till att skydda bolagets borgenärer återfinns av tradition i de kontinentaleuropeiska och nordiska rättsordningarna i den aktiebolagsrättsliga regleringen. I amerikansk och engelsk rätt har emellertid dessa regler i stor utsträckning placerats i insolvensrättsliga författningar. EU:s insolvensförordning kan med tanke på dessa systematiska skillnader medföra ett sämre skydd för bolagets borgenärer i de medlemsländer som följer den kontinentaleuropeiska traditionen med borgenärsskyddsreglerna i huvudsak placerade i aktiebolagslagen.³³

Insolvensförordningen reglerar i vilken jurisdiktion ett sådant förfarande kan inledas och avgör vilket lands lag som då ska tillämpas – *lex fori*. Insolvensförordningen innehåller ingen materiell rätt utan endast kollisionsrättsliga normer. Utgångspunkten i art. 4 EIF är att *lex fori* ska tillämpas. Denna huvudregel är förenad med flera undantag i art. 5–15 EIF som rör till exempel säkerhetsrätter.

Huvudtanken bakom förordningen är att ett huvudinsolvensförfarande ska kunna inledas i ett medlemsland och omfatta samtliga gäldenärens tillgångar och även de som finns i andra länder – *universalitetsprincipen*. Under vissa förhållanden kan ett sekundärt förfarande inledas med stöd i förordningen. Detta förfarande rör endast gäldenärens egendom i ett av medlemsländerna – *territorialitetsprincipen*. Konkursförvaltaren eller rekonstruktören i huvudförfarandet har då en långt gående rätt att lämna direktiv i ett sådant sekundärförfarande för att samordna detta förfarande med huvudförfarandet.

Borgenärer med hemvist i något medlemsland har tillgång till förfarandet även om det har inletts i ett annat medlemsland. Samtidigt gäller att ett förfarande som genomförs i ett av medlemsländerna erkänns i alla de övriga medlemsländerna. Däremot är en koncerns insolvens inte reglerad i förordningen.

I den bolagsrättsliga debatten är den centrala frågan vilken anknytning ett bolag ska ha till ett medlemsland för att ett insolvensförfarande ska kunna inledas. Huvudregeln i art. 3 EIF anger att avgörande för detta är var bolagets *Center of Main Interest* – COMI – är beläget. Det är inte angivet i förordningen om ett dotterbolags COMI kan avgöra om ett huvudförfarande kan inledas mot detta bolag i de fall det står klart att koncernen styrs från moderbolaget.³⁴

Effekten av insolvensförordningen blir att om ett engelskt bolag försätts i konkurs vid en svensk domstol gäller enligt förordningen att svensk konkursrätt ska tillämpas. Däremot

³² Se IP/12/1354.

³³ Förordning nr 1346/200 från den 29 maj 2000.

³⁴ Se ECJ 341/04, *Eurofood* 2006. I-3813 och C-1/104 *Staubitz-Schreiber* 2006, i-700.

ska domstolen tillämpa engelsk bolagsrätt. I ett svenskt perspektiv kan detta medföra att bolagsborgenärerna inte har möjlighet att få ersättning enligt svenska aktiebolagsrättsliga ansvarsregler. Borgenärerna får i detta avseende förlita sig på de regler som finns i till exempel den engelska Companies Act 2006. Den viktiga borgenärsskyddsregeln *wrongful trading* återfinns emellertid i sec. 214 Insolvency Act 1986.

6.3 De svenska reglerna kring ansvaret vid kapitalförlust enligt aktiebolagslagen

6.3.1 Allmänt

Reglerna om ansvaret för kapitalförlust i 25 kap. 13–20 §§ aktiebolagslagen har till ändamål att sätta en gräns för hur långt bolaget kan driva en förlustbringande verksamhet innan det krävs att verksamheten likvideras eller att de ledande personerna i bolaget blir personligen betalningsansvariga.

Den teknik som valts i den svenska regleringen är att sätta denna gräns i förhållande till det registrerade aktiekapitalet. Som tidigare nämnt gäller att när det egna kapitalet understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet ska bolagsledningen upprätta kontrollbalansräkning där tillgångarna ska värderas till sitt försäljningsvärde med avdrag för försäljningsomkostnader.

Det finns anledning att av flera skäl vara mycket kritisk till den svenska regleringen om ansvar vid kapitalbrist.³⁵ Själva grundtanken att bygga ett borgenärsskydd med personligt ansvar för bolagsfunktionärer på aktiekapitalet som aktieägarna disponerar över inom vida ramar är förlegad. En annan svaghet med den svenska regleringen är att bolaget inte har någon plikt att informera borgenärerna att bolagets ekonomiska ställning är svag. Dessa kan alltså sväva i okunnighet om att en kontrollbalansräkning borde upprättas. Samtidigt är ansvaret för styrelseledamot strängt bland annat genom en omvänd bevisbörda. För att undgå ansvar måste styrelseledamot visa att hans underlåtenhet att bland annat upprätta kontrollbalansräkning och kalla till kontrollstämma inte beror på hans försumlighet.

6.3.2 Kontrollbalansräkningen och den första kontrollstämman

Kravet i 25 kap. 13 § aktiebolagslagen är att kontrollbalansräkningen ska upprättas genast och granskas av revisor när det finns skäl att anta att det egna kapitalet understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet.

Den första kontrollbalansräkningen är betydelsefull i flera avseenden. Den ligger till grund för bolagets möjlighet att bevisa att kapitalbristen är täckt så att verksamheten kan fortsätta utan att personligt ansvar kan utkrävas för de uppkommande förpliktelserna i verksamheten.³⁶

Den första kontrollbalansräkningen ska alltså upprättas ”när det finns skäl att anta” att kapitalbrist uppkommit. Det kan ofta vara en komplicerad fråga för styrelsen att avgöra om det föreligger kapitalbrist i bolaget. Vid bedömningen av det personliga betalningsansvaret för de förpliktelser som uppkommit sedan styrelsen underlåtit en skyldighet att upprätta en kontrollbalansräkning ska frågan bedömas *ex post*. Denna bedömning kan alltså komma att företas flera år senare.

³⁵ Se Lindskog, S., Kapitalbrist i aktiebolag. Kommentarer till kap. 25:13–20 ABL, 2008, s. 15 ff.

³⁶ Se Nerep, E. & Samuelsson, P., Aktiebolagslagen. En lagkommentar, kapitel 23–32, Del 3, 2 uppl., 2009, s. 191.

Det är bolagets borgenärer som har bevisbördan för förhållanden som medfört att det funnits anledning för styrelsen att anta att det egna kapitalet understeg hälften av det registrerade aktiekapitalet. Bolagsborgenär har även åberopsbördan för dessa omständigheter.³⁷

Den borgenär som påstår att det funnits skäl för styrelseledamöterna att anta att faktisk kapitalbrist uppkommit i en omfattning som är kritisk har också bevisbördan för detta. Det föreligger alltså inte omvänd bevisbörda i detta fall.³⁸ Borgenären som ska bevisa detta har en bevislättnad i jämförelse med vad som normalt gäller i tvistemål.³⁹

Det är inte tillräckligt att det föreligger en faktisk kapitalbrist vid en förpliktelses uppkomst för att personligt ansvar ska bli aktuellt. Utan avgörande är att sådan kapitalbrist förelåg vid tidpunkten då det fanns skäl att anta att sådan kritisk kapitalbrist förelåg.⁴⁰

Den första kontrollbalansräkningen ska upprättas ”genast” sedan styrelsen befarar att en kritisk kapitalbrist föreligger. Uttrycket ger en stark signal om att det är fråga om korta tidsfrister som kan räknas i veckor.

Vid upprättandet av kontrollbalansräkningen ska de värderingsregler som anges i 25 kap. 14 § aktiebolagslagen tillämpas. Kortfattat innebär denna bestämmelse att tillgångarna ska redovisas till nettoförsäljningsvärdet. Detta medför till exempel att kontinuitetsprincipen inte behöver iakttas.⁴¹

När kontrollbalansräkningen är upprättad ska den granskas av bolagets revisor. Detta ska hinna göras inom den tidsrymd som omfattas av rekvisitetet ”genast” i 25 kap. 13 § aktiebolagslagen. Samtidigt kan revisorsgranskningen inte ske förrän kontrollbalansräkningen är upprättad. Därefter är det rimligt att med genast menas att revisorns granskning får ta upp mot sex veckor.⁴² Om bolagets verksamhet är omfattande kan undantagsvis möjligen något längre tid accepteras.

Om det visar sig i kontrollbalansräkningen att bolagets ekonomiska ställning är så dålig som anges i 25 kap. 13 § aktiebolagslagen ska styrelsen ”snarast möjligt” kalla till en första kontrollstämma. Skyldigheten att kalla till en sådan stämma uppkommer inte förrän revisorn granskat kontrollbalansräkningen.⁴³

Den tidsfrist som anges för ett bolag under vilken personligt ansvar inte kan göras gällande – den så kallade rådrumsfristen – löper under åtta månader från den tidpunkt då första kontrollstämman hölls.

Vid kallelsen till den första kontrollstämman får iakttas de kallelserregler som gäller för bolagsstämma i allmänhet enligt 7 kap. aktiebolagslagen och bolagsordningen. Vid kallelse till den första kontrollstämman har bolaget möjlighet att utnyttja den längsta kallelsefrist som lag och bolagsordningen föreskriver vilket enligt 7 kap. 18 § aktiebolagslagen är sex veckor.

Det krävs inte att den första kontrollstämman ska godkänna eller fastställa kontrollbalansräkningen. På stämman ska behandlas olika möjligheter att förbättra bolagets ekonomiska

³⁷ Se Lindskog, s. 40.

³⁸ Se prop. 2000/01:150 s. 49 och 100.

³⁹ Se prop. 2000/01:150:150 s. 49 och 100, Lindskog, s. 50 f. samt NJA 1988 s. 620 och NJA 1993 s. 484.

⁴⁰ Se prop. 2000/01:150 s. 48.

⁴¹ Se prop. 2000/01:150 s. 36 ff. och 92 ff.

⁴² Se Nerep & Samuelsson, Del 3, s. 202.

⁴³ Se prop. 2000/01:150 s. 95.

ställning så att likvidationsplikten undanröjs och risken för personligt ansvar elimineras. Stämman kan också fatta beslut om att likvidera bolaget.

6.3.3 Andra kontrollstämman

Om kontrollbalansräkningen som lagts fram vid den första kontrollstämman visar att bolagets egna kapital uppgår till minst det registrerade aktiekapitalet har bolaget en frist på åtta månader att stärka bolagets ekonomiska ställning.

Syftet med den andra kontrollstämman är att på nytt pröva efter utgången av rådframsfristen om bolaget ska likvideras. Om kapitalbristen åtgärdats ska detta framgå av en ny kontrollbalansräkning som upprättas inför den andra kontrollstämman.

Det är möjligt att visa att kapitalbristen är åtgärdad genom en årsredovisning som upprättats enligt reglerna i årsredovisningslagen. Med tanke på att bolagets tillgångar ska värderas till ett försäljningsvärde vid upprättande av en kontrollbalansräkning enligt 25 kap. 14 § aktiebolagslagen kan tillgångarnas värde dock aldrig vara högre i en årsredovisning.⁴⁴

6.3.4 Personligt betalningsansvar

Reglerna som rör det personliga ansvaret finns i 25 kap. 18–20 §§ aktiebolagslagen och sanktionerar bestämmelserna i 25 kap. 13–17 §§ aktiebolagslagen och plikten att upprätta kontrollbalansräkning och hålla en första och en andra kontrollstämma. Vid kritisk kapitalbrist ska styrelsen antingen likvidera bolaget eller se till att kapital skjuts till inom de tidsfrister som anges i de berörda stadgandena.⁴⁵ I annat fall kan styrelseledamot bli ansvarig för förpliktelse som uppkommer under den tid som underlåtenheten består.

Ansvarsperioden är alltså kopplad till styrelsens underlåtenhet att under den för ansvaret relevanta tidsfristerna vidta de åtgärder som anges i lagen. Ansvarsperioden tar sin början när de ansvarsbefriande åtgärderna senast har kunnat genomföras.⁴⁶ Något ansvar kan inte bli aktuellt för de förpliktelser som uppkommer sedan ansvarsperioden upphört.

Ansvaret för styrelseledamot i 25 kap. 18 § aktiebolagslagen är strängt. För att undgå ansvar måste styrelseledamot nämligen visa att hans underlåtenhet inte beror på försumlighet.

Enligt formuleringen av 25 kap. 18 § aktiebolagslagen där det sägs att ansvaret uppkommer ”under den tid som underlåtenheten består” innebär att då styrelsen genomför en åtgärd, även om den genomförs för sent, upphör ansvaret. Om styrelsen till exempel sedan en upprättad kontrollbalansräkning visar att en kritisk kapitalbrist uppkommit i bolaget men underlåter i kanske flera månader att kalla till kontrollstämma uppkommer ansvar för de förpliktelser som ingåtts under denna tid. När sedan en kontrollstämma hållits kan inte enligt vad som följer av 25 kap. 18 § aktiebolagslagen ansvar bli aktuellt förrän efter åtta månader då en andra kontrollstämma ska hållas.

Även andra än styrelseledamot som handlar för bolagets räkning med full insikt om styrelsens underlåtenhet att till exempel upprätta kontrollbalansräkning eller kalla till kontrollstämma kan enligt 25 kap. 18 § aktiebolagslagen bli ansvariga. Detta kan gälla till exempel en verkställande direktör i ett bolag. Av 25 kap. 19 § aktiebolagslagen framgår att även

⁴⁴ Se NJA 2012 s. 858.

⁴⁵ Se Lindskog, s. 119.

⁴⁶ Se Lindskog, s. 146.

aktieägare som deltar i ett beslut att fortsätta bolagets verksamhet med vetskap om att bolaget är likvidationsskyldigt bli ansvariga.

Även om likvidationsreglerna tillskrivs en varningsfunktion saknas ett uttryckligt krav för bolagsföreträdare att meddela tredje man att bolagets ekonomi är svag. Kontrollbalansräkningen behöver heller inte offentliggöras. Någon generell plikt för bolaget att informera borgenärer eller de personer bolaget avser att ingå avtal med att bolagets ekonomiska ställning är svag och att det egna kapitalet understiger det registrerade aktiekapitalet anses inte föreligga.⁴⁷

6.3.5 Upphörande av det personliga betalningsansvaret

Tidigare har anspråk enligt 25 kap. 18 och 19 §§ aktiebolagslagen omfattats av den allmänna tioåriga preskriptionstiden. För att förhindra att talan väcks alltför lång tid efter en befarad kapitalbrist, med hänsyn bland annat till de bevissvårigheter som då uppkommer, har en bestämmelse införts i 25 kap. 20 a § aktiebolagslagen som begränsar ansvarsperioden till tre år från uppkomsten av den förpliktelse som ansvaret gäller. Detta innebär att om inte talan väcks inom tre år upphör det personliga betalningsansvaret i 25 kap. 18 och 19 §§ aktiebolagslagen. Det kan vara fråga om såväl en fastställelse- som en fullgörelsetalan.⁴⁸

Tidsfristen börjar löpa då förpliktelsen uppkommer. När detta sker regleras utifrån allmänna regler. Ett klart fall är att bolaget ingått ett avtal om köp under ansvarsperioden och varan eller tjänsten också levererats under denna period. Men även i de fall avtalet ingåtts innan ansvarsperioden började kan förpliktelsen ändå anses ha uppkommit under ansvarsperioden då varan levererades eller tjänsten utfördes under denna period.⁴⁹

Av 25 kap. 20 a § aktiebolagslagen framgår vidare att en talan kan väckas inom ett år från den tidpunkt då förpliktelsen senast skulle ha fullgjorts. Vad som avses är till exempel den tidpunkt då en fordran förfaller till betalning.

6.4 Bör den svenska regleringen om ansvar vid kapitalförlust behållas?

De flesta medlemsstater har regler som innebär att styrelseledamot har en plikt att vidta åtgärder för att skydda bolagets borgenärer när bolagets ekonomiska situation har försämrats på ett sätt som anges i lag eller då det finns risk att bolaget inte kan komma att fullgöra sina förpliktelser. Om inte sådana åtgärder vidtas kan vanligen styrelseledamoten drabbas av ett personligt ansvar gentemot bolagsborgenär.⁵⁰

Art. 17 i det andra bolagsdirektivet⁵¹ anger ”vid en betydande förlust av det tecknade kapitalet” en plikt att kalla till bolagsstämma. Vad som avses i direktivet är om bolagets nettotillgångar utgör mindre än hälften av det registrerade aktiekapitalet. I till exempel fransk rätt gäller på liknande sätt som i svensk rätt att bolaget som hamnar i en sådan ekonomisk situation ska antingen se till att få in nytt kapital eller likvideras. Det andra bolagsdirektivet omfattar endast publika bolaget och syftet med denna regel är att minska antalet publika bolag som driver verksamhet med ett litet eget kapital.

⁴⁷ Jfr NJA 2013 s. 725. Se även Nerep & Samuelsson, Del 3, s. 273.

⁴⁸ Se prop. 2012/13:65 s. 12.

⁴⁹ Se prop. 2012/13:65 s. 12.

⁵⁰ Se Gerner-Beuere & Schuster 15 EBOR s. 191 ff. (2014).

⁵¹ Det andra bolagsdirektivet av den 13 december 1976, 77/91/EEG, numera art. 19 i direktivet av den 14 november 2012, 12/30/EU ET L315/74.

Enligt det andra bolagsdirektivet är alltså publika bolag skyldiga att kalla till bolagsstämma när den ekonomiska situationen i bolaget är prekär. Några sanktioner eller ytterligare förpliktelser anges inte. Även denna regel kan, i likhet med den svenska regeln i 25 kap. 13–20 §§ aktiebolagslagen kritiseras.

En hänvisning till aktiekapitalet är inte en sådan faktor som är särskilt meningsfull. Det registrerade aktiekapitalet säger inte mycket om bolagets ekonomiska ställning och vilket behov av kapitaltillskott som föreligger. På samma sätt kan ifrågasättas om den punkt i ett bolags verksamhet då det egna kapitalet understiger hälften av det registrerade kapitalet är rätt tillfälle att kräva av aktieägarna att bli mer aktiva i bolagets verksamhet.⁵²

En majoritet av medlemsländerna har implementerat den nyss nämnda regeln i det andra bolagsdirektivet vad gäller de publika bolagen. I ett fåtal av medlemsländerna – till exempel Frankrike, Italien och Sverige – är denna plikt kopplad till ett krav att tillföra nytt kapital eller att likvidera bolaget. Detta förutsätter att aktiekapitalet är av den storleken att det har en reell betydelse för bedömningen av bolagets ekonomiska situation.

En fördel med en bestämmelse som kopplas till en plikt att kalla till bolagsstämma när det egna kapitalet minskat är att det är en förhållandevis enkel regel att tillämpa för att *ex post* visa att styrelseledamot försummat sina plikter. En regel som den svenska som bygger på tanken att tillföra nytt kapital eller att likvidera bolaget medför möjligen att det blir färre ekonomiskt svaga bolag som driver verksamhet, men bestämmelsen har knappast någon praktisk betydelse i detta avseende beträffande större bolag.⁵³

Det blir tydligt genom EU:s insolvensförordning att de regler som rör bolagsledningens plikter när bolaget har en svag ekonomisk ställning i systematiskt hänseende bör hänföras till insolvensrätten. I annat fall kan den situationen uppkomma att det vid gränsöverskridande insolvensförfaranden, då insolvensrätten i det land där ett förfarande inleds, tillämpas parallellt med bolagsrätten i det land där bolaget har sitt registrerade säte. För att skydda bolagsborgenärerna bör den insolvensrättsliga regleringen innehålla regler som gör det möjligt att utkräva ansvar av ledamot av bolagsledningen som försummat att vidta åtgärder för att skydda borgenärerna när bolagets ekonomiska ställning är svag.

Ändamålet med 25 kap. 13–20 §§ aktiebolagslagen är att sätta en gräns för hur långt bolaget kan driva en förlustbringande verksamhet genom att, som i svensk rätt, kräva att verksamheten likvideras eller att de ledande personerna i bolaget blir personligen betalningsansvariga.

Det finns anledning att vara kritisk till den svenska regleringen om ansvar vid kapitalbrist och hävda att den bör utmönstras ur aktiebolagslagen.⁵⁴ Själva grundtanken att bygga ett borgenärsskydd med personligt ansvar för bolagsfunktionärer på aktiekapitalet som ju aktieägarna disponerar över i inom vida ramar är förlegad. En uppenbar svaghet som berörts tidigare i detta pm är att bolaget inte har någon plikt att informera borgenärerna att bolagets ekonomiska ställning är svag.

Det ligger en svårighet i att skapa en väl avvägd regel som ger borgenärerna ett effektivt skydd då ett bolag hamnar i ekonomiska svårigheter samtidigt som intresset hos arbetstagare och aktieägare att ett bolag som har livskraft ska få möjligheter att leva vidare. En borgenärsskyddsregel får inte vara så sträng att verksamheter tvingas att upphöra enbart i

⁵² Se Gerner-Beuere & Schuster 15 EBOR s. 191 ff. (2014).

⁵³ Se Gerner-Beuere & Schuster 15 EBOR s. 191 ff. (2014).

⁵⁴ Se Lindskog, Kapitalbrist, s. 15 ff.

de fall de ekonomiska svårigheterna bedöms vara tillfälliga. Samtidigt måste bolagets borgenärer erbjudas ett skydd som är tillräckligt för att bolaget ska kunna få lån och andra krediter med rimliga villkor. Mot denna bakgrund har den engelska regeln om ansvar för *wrongful trading* i Insolvency Act 1986 rönt uppmärksamhet.

Den engelska regeln om ansvaret för *wrongful trading* i sec. 214 Insolvency Act uppfattas som en lämplig reglering av bolagsledningens ansvar i bolag som närmar sig insolvens. I dessa situationer är det viktigt att avväga om bolaget har förutsättningar att drivas vidare utan att borgenärerna lider skada eller om bolaget ska tvingas att upphöra med verksamheten.⁵⁵

En annan viktig aspekt som måste beaktas är att genom EU:s insolvensförordning bör borgenärsskyddsregler av den karaktären som ansvaret vid kapitalförlust enligt 25 kap. 13–20 §§ aktiebolagslagen placeras i den nationella insolvensrätten. I annat fall finns en risk att till exempel svenska borgenärer inte får ett tillräckligt omfattande skydd när bolag som är registrerade i ett annat medlemsland driver näringsverksamhet i Sverige.

6.5 Närmare om ansvaret vid "wrongful trading"

Bestämmelsen om *wrongful trading* i sec. 214 Insolvency Act infördes 1986. Även om stadgandet inte gett upphov till särskilt många rättsfall genom åren påverkar bestämmelsen otvetydigt en bolagslednings agerande i bolag vars ekonomiska ställning är svag.⁵⁶

Sec. 214 Insolvency Act innehåller en borgenärsskyddsregel som till skillnad från den svenska, som är relaterad till förlusten av halva det registrerade aktiekapitalet, är knuten till bolagets befarade insolvens. Bestämmelsen innebär att när det står klart att en "*insolvent liquidation*" inte kan undvikas har en styrelseledamot plikt att undvika att vidta åtgärder som kan vara till nackdel för bolagets borgenärer.

Ansvar för *wrongful trading* kan bli aktuellt redan i samband med att ett nybildat bolag påbörjat sin verksamhet, detta förhindrar, åtminstone teoretiskt, att verksamheter med alltför svag finansiell grund påbörjas.⁵⁷

Om bolaget fortsätter att driva sin verksamhet efter att ledamöterna av styrelsen insett eller bort insett att det inte går att undvika en "*insolvent liquidation*" kan en styrelseledamot bli personligen betalningsansvarig för de skador som borgenär däri genom vållas.

Enligt sec. 214 Insolvency Act kan endast en person som är eller har varit styrelseledamot i bolaget bli ansvarig. Detta ansvar omfattar också en *shadow director*. Även moderbolaget i en koncern och en kreditgivare kan betraktas som en *shadow director* och drabbas av ansvar.⁵⁸

Ansvar kan inträda i de fall då verksamheten fortsätter då en styrelseledamot insett eller bort insett att en *insolvent liquidation* var oundviklig och att då inte ha vidtagit varje tänkbar åtgärd för att minska borgenärernas förluster. En styrelseledamot har alltså en plikt att vara aktiv för att tillgodose borgenärskollektivets intresse och kan alltså bli ansvarig om han lämnar sitt uppdrag. Den ersättning som styrelseledamoten ska erlagga tillfaller hela borgenärskollektivet.

⁵⁵ Se kommissionens s.k. action plan, KOM (2003) 284 från den 21 maj 2003.

⁵⁶ Se t.ex. Kershaw, s. 795 ff.

⁵⁷ Se Kershaw, s. 795 ff.

⁵⁸ Se Kershaw, s. 795 ff.

Ansvarsperioden börjar enligt sec. 214 Insolvency Act löpa en tid före "the commencement of the winding up". Vid denna tidpunkt ska alltså en styrelseledamot bort inse att det inte fanns någon rimlig utsikt att undvika "*insolvent liquidation*". Styrelseledamoten ska vidta varje tänkbar åtgärd för att minska förlusten för bolagets borgenärer. Detta kan till exempel innebära en kontakt med banker eller andra kreditgivare, upprätta en aktuell redovisning för att bilda sig en uppfattning om bolagets ekonomiska ställning, försöka minska bolagets utgifter eller bilda sig en uppfattning om kassaflödet i en nära framtid.⁵⁹

Den aktsamhetsstandard som krävs för att undgå ansvar anges i sec. 214(4) Insolvency Act 1986. Det är fråga om en hypotetisk prövning utifrån vad som kan förväntas av en *reasonably diligent director*. Det är fråga om dels att hypotetiskt bedöma vad en styrelseledamot i motsvarande situation kan förväntas göra, dels en subjektiv sida som den enskilde ledamotens faktiska kunskap och erfarenhet.⁶⁰

Som tidigare nämnts finns förhållandevis få rättsfall i engelsk rätt där ansvar för *wrongful trading* blivit aktuellt. Det kan finnas flera orsaker till detta. En orsak kan vara att domstolarna ställer ganska låga krav på den aktivitet som en styrelseledamot har att visa då bolagets ekonomiska ställning försämrats.⁶¹

Då ansvaret för *wrongful trading* sec. 214 Insolvency Act görs gällande är det förenat med svårigheter att bestämma den kritiska tidpunkt efter vilken det inte finns "no reasonable prospect of avoiding insolvent liquidation". Vid denna tidpunkt måste styrelseledamot för att undvika ansvar vidta åtgärder "with a view to minimising the potential loss to the company's creditors".⁶² Det ledande rättsfallet *Re Continental Assurance Company of London plc, Singer v. Beckett*⁶³ ställer inte särskilt stränga krav på styrelseledamots ansträngningar att försöka skapa klarhet i bolagets ekonomiska situation när tecken börjar dyka upp på att bolagets ekonomiska situation försämrats.

Av rättsfallet framgår att under sommaren 1991 stod det klart för styrelsen att bolaget hade ekonomiska problem. Under loppet av ett par månader höll styrelsen flera möten för att få klarhet i om bolaget var solvent så att verksamheten kunde fortsätta. Styrelsen fortsatte under hösten att aktivt försöka finna en mer långsiktig förbättring av bolagets ekonomiska situation. I december samma år kunde styrelsen konstatera att bolaget var insolvent. En formell konkursbegäran gjordes emellertid inte förrän i mars 1992 när det slutligen stod klart att det inte gick att finna en köpare till bolaget. Konkursförvaltarens talan mot styrelseledamöterna om ansvar för *wrongful trading* ogillades.

Av *Re Continental Assurance Company* framgår att även om bolaget varit insolvent i juni 1991 så krävdes för att få klarhet i detta en ingående kunskap om redovisning som en styrelseledamot normalt inte har. Av sec. 214(4) Insolvency Act framgår att en styrelseledamot ska förväntas känna till sådana förhållanden om bolaget som rimligen kan krävas av en *reasonably diligent person* med "the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the same functions".

⁵⁹ Se Kershaw, s. 795 ff.

⁶⁰ Se Kershaw, s. 795 ff.

⁶¹ Se Kershaw, s. 795 ff.

⁶² Som jämförelse kan nämnas att "High Level Group" föreslår att ansvar kan bli aktuellt då det är möjligt att förutse att bolaget blir insolvent men att detta uppenbarligen inte är nära förestående.

⁶³ [2001] BPIR 733.

Trots att ett i England registrerat aktiebolag bedriver hela verksamheten genom en filial i något annat medlemsland kan ändå, under förutsättning att insolvensförfarandet inleds vid engelsk domstol, ansvar utkrävas för *wrongful trading* enligt sec. 214 Insolvency Act.

Den svenska regeln om ansvaret vid kapitalförlust i 25 kap. 13–20 §§ ABL skiljer sig från *wrongful trading* genom att inte vara kopplad till någon prövning av om bolaget riskerar att bli insolvent utan enbart röra förhållandet mellan bolagets egna kapital och det registrerade aktiekapitalet. Det finns en risk att den svenska regeln medför att styrelsens plikt att agera i borgenärernas intresse inträder senare än om risken för bolagets insolvens är utgångspunkten för en sådan handlingsplikt.

Vid sidan av det lagreglerade ansvaret för *wrongful trading* finns även sedan länge snarlika regler i *common law*. Engelsk rättspraxis erkänner nämligen redan innan bestämmelsen om *wrongful trading* infördes i sec. 214 Insolvency Act att styrelseledamot har en plikt att beakta borgenärernas intresse då bolaget närmar sig insolvens.⁶⁴ Skälet är att verksamheten i ett bolag som har ett så prekärt ekonomiskt läge i huvudsak drivs på borgenärernas risk.⁶⁵

⁶⁴ Se *West Mercia Safetywear Ltd v. Dodd* [1988] BCLC 250, 251 f.

⁶⁵ Se *Kershaw*, s. 787 ff.

7 Slutsatser

Den svenska aktiebolagsrättsliga regleringen är, sedd i ett internationellt perspektiv, i stort behov av reformering på flera punkter. Rättsfallen Centros, Überseering och Inspire Art har genom möjligheten att välja lämplig aktiebolagsform i något av medlemsländerna och driva all verksamhet i ett av länderna skapat ett starkt förändringstryck på medlemsländerna. Detta gäller också de möjligheter som framgår av EU:s insolvensförordning att förlägga ett insolvensförfarande i det medlemsland där ett bolag bedriver huvuddelen av sin verksamhet, även om bolaget är registrerat i något annat medlemsland.

I flera medlemsländer har nya aktiebolagsformer införts som bland annat syftar till att göra det enklare för entreprenörer att driva affärsverksamhet utan att riskera ett personligt ansvar. Samtidigt som detta har gjorts har också kopplingen mellan aktiebolags- och insolvensrätten uppmärksammats. En förändring av aktiebolagsrätten i syfte att göra det lättare att bilda och driva bolag bör motsvaras av förändringar i insolvensrätten som syftar till att lättare ge de verksamheter som bedöms ha livskraft en andra chans.

I samband med reformerna av aktiebolagsrätten har också uppmärksammats att risken för att aktiebolagsformen missbrukas inneburit bland annat att offentliga register införts över vilka som är aktieägare och ansvaret för organledamöter har skärpts.

Vid en genomgång av utvecklingen på aktiebolagsrättens område bör också uppmärksammas den skärpning av lojalitetsplikten för ledamot av bolagsledningen som gjorts i engelsk rätt. Denna lojalitetsplikt bygger i svensk rätt i stor utsträckning på allmänna regler och är oklar till sin innebörd.

Aktieägare som har minst tio procent av aktierna i bolaget har i svensk rätt enligt 29 kap. 9 § aktiebolagslagen möjlighet att för bolagets räkning driva en skadeståndstalan mot styrelseledamot eller verkställande direktör. Gränsen på tio procent av aktierna gäller såväl för privata som publika bolag. I ett internationellt perspektiv ter sig regeln i 29 kap. 9 § aktiebolagslagen som alltför trubbig. Samtidigt kan konstateras att i till exempel i engelska och tyska publika bolag har gränsen för att driva en sådan talan satts betydligt lägre än i svensk rätt, men kombinerats med krav på en preliminär domstolsprövning av bärkraften i talan. För privata bolag räcker det ofta i de flesta rättsordningar att ha en aktie i bolaget för att driva en talan om skadestånd.

De svenska reglerna i 25 kap. 13–20 §§ aktiebolagslagen har utsatts för stark kritik då styrelsens plikt att agera enbart är knutet till förhållandet mellan bolagets egna kapital och det registrerade aktiekapitalet. Det finns anledning att även för svenskt vidkommande införa en regel med förebild i den engelska regeln rörande ansvar vid *wrongful trading* i sec. 214 Insolvency Act 1986. Det finns en risk att den svenska regeln medför att styrelsens plikt att agera i borgenärernas intresse inträder senare än om risken för bolagets insolvens är utgångspunkten. Det är också angeläget med hänsyn till de lagvals- och jurisdiktionsregler som EU:s insolvensförordning innehåller.

Tillväxtanalys, myndigheten för tillväxtpolitiska utvärderingar och analyser, är en gränsöverskridande organisation med 60 anställda. Huvudkontoret ligger i Östersund och vi har verksamhet i Stockholm, Brasilia, New Delhi, Peking, Tokyo och Washington D.C.

Tillväxtanalys ansvarar för tillväxtpolitiska utvärderingar och analyser och därigenom medverkar vi till:

- stärkt svensk konkurrenskraft och skapande av förutsättningar för fler jobb i fler och växande företag
- utvecklingskraft i alla delar av landet med stärkt lokal och regional konkurrenskraft, hållbar tillväxt och hållbar regional utveckling

Utgångspunkten är att forma en politik där tillväxt och hållbar utveckling går hand i hand. Huvuduppdraget preciseras i instruktionen och i regleringsbrevet. Där framgår bland annat att myndigheten ska:

- arbeta med omvärldsbevakning och policyspaning och sprida kunskap om trender och tillväxtpolitik
- genomföra analyser och utvärderingar som bidrar till att riva tillväxthinder
- göra systemutvärderingar som underlättar prioritering och effektivisering av tillväxtpolitikens inriktning och utformning
- svara för produktion, utveckling och spridning av officiell statistik, fakta från databaser och tillgänglighetsanalyser

Om PM-serien: Exempel på publikationer i serien är metodresonemang, delrapporter och underlagsrapporter.

Övriga serier:

Rapportserien – Tillväxtanalys huvudsakliga kanal för publikationer.

Statistikserien – löpande statistikproduktion.

Svar Direkt – uppdrag som ska redovisas med kort varsel.